إنما يخشى الله من عباده العلماء

المجلد ١٠ العدد ٢ ديسمبر ٢٠١٣



مجلة دولية نصف سنوية محكمة باللغتين العربية والإنجليزية

الجامعة الإسلامية العالمية - ماليزيا



مجلة الإسلام في آسيا

المجلد 10، العدد 2 ديسمبر 2013م

المقالات العربية

English Articles

العقود الإلكترونية: دراسة فقهية تحليلية

Electronic Contracts: A Jurisprudential Analysis

Kontrak Elektronik: Satu Analisis Perundangan

عارف علي عارف*، نادية ياس البياتي**

الملخّص

كان التطور في مجال تكنولوجيا المعلومات وقطاع الاتصالات الذي يمر به العالم في الوقت الراهن، أثره البالغ والواضح على المبادئ الراسخة في الفكر القانوني، خاصة في مجال العقد الإلكتروني، فبينما كانت هذه التصرفات تنشأ بواسطة العقد التقليدي، فإنه اليوم أصبح ينشأ بواسطة تقنيات رقمية. ثم إن استخدام هذه التقنية الحديثة في إبرام التصرفات القانونية أحدث تغييرات في الكثير من المفاهيم القانونية كمفهوم العقد، إذ أوجدت هذه التقنيات أشكالاً جديدة صبغت جميعها بالطابع الإلكتروني، والتي تتصف بصفات وخصائص قد لا تتوافر في نظيرتها بالتجارة التقليدية، كالسرعة وتوفير المال والوقت والجهد، ولذلك تضافرت الجهود الدولية والإقليمية والوطنية على إصدار تشريعات تعترف بحجية هذه الأشكال الحديثة بذات الحجية المقررة للعقد التقليدي. ومع كل هذا التطور في شكل العقد، فإن الفقه الإسلامي لا يمنع الاستفادة من الأَساليب الفنية والتقنيات الحديثة خاصة في مجال العقود ووسيلة إبرامها طالما لا يتعارض مع الشريعة الإسلامية الغراء ويحقق العدالة والاستقرار وإثبات الحقوق بين الأَطراف.

* أستاذ قسم الفقه وأصوله، كلية معارف الوحي والعلوم الإنسانية، الجامعة الإسلامية العالمية- ماليزيا.

** محاضرة قسم القانون الخاص، كلية أحمد إبراهيم للحقوق، الجامعة الإسلامية العالمية- ماليزيا.

الكلمات المفتاحية: العقد الإلكتروني، خصائص العقد الإلكتروني، الإيجاب الإلكتروني، القبول الإلكتروني، مجلس العقد الإلكتروني.

Abstract

The development the world is experiencing at the moment in the field of information technology and telecommunications sector has a comprehensive and clear impact on the established principles in legal thought, especially in the field of electronic contracts. Transactions were in the past based on traditional contracts, whereas they take shape today by digital technologies. The use of this modern technology in concluding the legal procedures has effected many changes in many legal concepts such as the concept of the contract. The electronically fashioned new forms of contract are characterized by the features and properties that are not available in the forms used in the traditional trade such as swiftness and abundance of wealth, time, and effort. Therefore, united efforts at the international, regional and national level were made to pass legislations to recognize these modern forms as valid as those in traditional contracts. With all this development in the form of the contract, the Islamic jurisprudence does not preclude benefiting from the modern techniques and technologies, particularly in the area of contracts and the means by which they are concluded as long as it does not conflict with Islamic Sharīʻah, ensures justice, stability, and honors human rights of the parties.

Keywords: Electronic Contract, Properties of Electronic Contract, Electronic Proposal, Electronic Acceptance, Council of Electronic Contract.

Abstrak

Pembangunan yang sedang dialami dunia pada masa ini dalam bidang teknologi maklumat dan sektor telekomunikasi mempunyai impak yang komprehensif dan jelas terhadap prinsip yang ditetapkan dalam pemikiran perundangan, terutama dalam bidang kontrak elektronik. Urusniaga pada masa lalu berdasarkan kontrak tradisional, manakala pada masa kini ia dibentuk oleh teknologi digital. Penggunaan teknologi moden ini dalam menyimpulkan prosedur perundangan telah menyebabkan banyak perubahan dalam pelbagai konsep undang-undang seperti konsep kontrak. Kontrak elektronik ini disifatkan oleh ciri-ciri yang tidak boleh ditemui dalam perdagangan tradisional seperti kepantasan dan kelimpahan harta benda , masa, dan usaha. Oleh itu , usaha bersatu padu di peringkat antarabangsa , serantau dan nasional dibuat bagi meluluskan perundangan untuk mengesahkan kontrak elektronik seperti kontrak tradisional. Dengan segala perkembangan perundangan kontrak, Islam tidak menghalang untuk bermanfaat daripada teknik-teknik moden dan teknologi, khususnya dalam bidang kontrak selagi ia tidak bercanggah dengan Sharīʻah Islam, memastikan keadilan, kestabilan, dan menghormati hak asasi manusia kedua-dua pihak.

Kata Kunci: Kontrak Elektronik, Ciri-ciri Kontrak Elektronik, Cadangan Elektronik, Penerimaan Elektronik, Kaunsil Kontrak Elektronik

المقدمة

في الزمن القديم كانت مقاييس التطور والنمو بين الدول تقاس من خلال قوتها العسكرية من حيث أسلحتها وجيوشها، وبمرور السنين بدأ ينقرض هذا المفهوم ويحل محلها القوة الاقتصادية، حيث سارعت كثير من الدول كاميركا، وبريطانيا، وماليزيا وغيرها من دول العالم على الاستثمار والنمو والابتكار من أجل تقوية وتطور الدولة، ثم بعد ذلك جاء عصر الثورة المعلوماتية التي فتحت أفاقاً واسعة أمام الأفراد، بعد ما كان الشخص يسجل عقوده ووثائقه على دعائم ورقية ملموسة، حيث أصبح اليوم يمارس أعماله عبر شبكة الإنترنت، وتمارس الدول والشركات والأفراد أعمالها من خلال التقنية المعلوماتية، والتي لها فوائد كثيرة تمتد إلى المجالات الحياتية كالبحوث المعرفية، والبيع والشراء، والتسلية، والتواصل مع الآخرين، ونتيجة لهذه الثورة المعلوماتية حدث تغير في إجراءات العقد، أي الشكل الذي تكون عليه الوثيقة العقدية، فبعد ما كانت تعتمد على الدعائم الورقية لإبرام العقود، تغير شكل العقود إلى عقود إلكترونية لمواكبة عصر المعلومات (عصر الثورة المعلوماتية).

وقد انتشرت التجارة الإلكترونية في الأعوام الأخيرة وأسس الكثير من الشركات العالمية والمحلية مواقع خاصة بها على شبكة الإنترنت وتقدر بعض الدراسات حجم التجارة الإلكترونية بــ20% من مجمل التجارة العالمية ويتوقع أن ترتفع النسبة إلى أكثر من ذلك خلال السنوات القادمة[1]، وتتميز هذه التقنية بالسهولة في الاستعمال، والسرعة في تلبية الحاجات، وتوفير الوقت والجهد والتكاليف، إذ إن السنة الواحدة في مجال الإنترنت تساوي سبع سنوات عادية[2]، ونتيجة لما تتميز به من

---

[1] حسن الحفني، **التجارة الإلكترونية في الوطن العربي– الفرص والتحديات** (القاهرة: اصدارات مركز الخليج للدراسات الاستراتيجية، 2002م)، ص19.

[2] محمد حسام محمود لطفي، **الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية** (القاهرة: دار النهضة العربية، 2002م)، ص.13.

[3] مير فرج يوسف، **التجارة الإلكترونية** (الإسكندرية: دار المطبوعات الجامعية، 2008م)، ص4.

سرعة وسهولة في إبرام العقود بين الأطراف، يمكن للفرد أن يصل إلى التعاقد على ما يرغبه من خلال الضغط على لوحة المفاتيح الموجودة بالحاسب الذي بين يديه[3]، لذلك اتجهت التشريعات الدولية إلى إصدار قوانين تنظم أحكام العقود الإلكترونية، متماشية مع الواقع الجديد والمستجدات التي طرأت على وسائل وأساليب وطرق العقود والتوقيع والكتابة والنقود... الخ.

وتختلف النظم التشريعية والحضارية في نظرتها إلى العقود، سواءً في كيفية انعقادها أو في شروطها وأحكامها أو آثارها. فقد كانت بعض القوانين الوضعية تشترط الشكلية في انعقاد العقود، فلا يصح العقد إلا إذا كان بهيئة معينة وشكل محدد، ثم تطورت إلى الرضائية بعد المرور بمراحل مختلفة.

إن استخدام العقود الإلكترونية في الإثبات يتفق مع مبادئ الإثبات عند جمع من الفقهاء اللذين لم يحصروا وسائل الإثبات بعدد معين أو شكل محدد وإنما كل وسيلة يبين فيها الحق فهي من أدوات الإثبات. فالشريعة الإسلامية جعلت الرضا هو الأساس في إبرام العقود بقوله تعالى ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾ (النساء: 29)، وما رواه أبو سعيد الخدري (رضى الله عنه)- عن النبي (صلى الله عليه وسلم) أنه قال: (إنما البيع عن تراضٍ)[4].

مفهوم العقد في الفقه الإسلامي.

من المعروف في الفقه الإسلامي أن المسلم إذا ارتبط بعقد وجب عليه الوفاء به، بموجب الآية الكريمة: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوفُواْ بِالعُقُودِ**﴾ (المائدة: 1)،

---

[4] رواه ابن ماجه في كتاب: التجارات، باب البيعان بالخيار مالم يتفرقا، حديث رقم2185/ وابن حبان في كتاب: البيوع، باب: ذكر العلة التي من أجلها زجر عن هذا البيع، حديث رقم 4967، ص307.

والحديث الشريف (المسلمون عند شروطهم)[5]، كذلك فإن الشريعة الإسلامية الغراء تناولت ونظمت الأحكام العامة للمعاملات وخاصة في مجال العقود، بناءً على الآيات القرآنية التي أباحت البيع كما جاء في قوله تعالى: ﴿**وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا**﴾ (البقرة: 275). فالشريعة الإسلامية تأخذ بمبدأ الرضا في العقود بين الطرفين، كما في قوله تعالى: ﴿**يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ**﴾ (النساء: 29). والعقد في الشريعة الإسلامية ينعقد بكل ما يدل عليه من قول أو فعل أو كتابة أو إشارة من كلا العاقدين أو من أحدهما ، والإنترنت عبارة عن آلة ووسيلة لتوصيل الكتابة وهذه الوسيلة معتبرة شرعاً لعدم تضمنها محذوراً شرعياً ، ولأنها شبيهة بالتعاقد عن طريق الرسول أو البريد العادي.

والفقة الإسلامي في مجمله يؤكد المبدأ الشرعي وهو حرية التعاقد والاشتراط على اعتبار أن تشريع العقد جاء لتحقيق مصالح يحتاج إليها الناس في حياقم فيما لا ضرر فيه، وأنه فقه تاريخي تكونت معالمه عبر القرون الأربعة الأولى التي تلت ظهور الإسلام، ودونت معطياته عبر القرون الأربعة التالية[6].

وبالنظر إلى الشريعة الإسلامية نجد أن نزعتها نزعة موضوعية وليست نزعة ذاتية، وإن كانت العبرة فيها بالمعاني دون الألفاظ، إلا أن المعاني التي تقف عندها هي التي تستخلص من الألفاظ، لا من النيات المستكنة في الضمائر[7]. ويعرف العقد في

---

[5] رواه أبو داود في كتاب البيوع، باب: في خيار المتبايعين حديث رقم 3458، ص386./ الترمذي في كتاب: البيوع، 1248 باب: ما جاء في البيعين بالخيار مالم يتفرقا، ص236، الدار قطني في سننه، ج7، حديث رقم 2931، ص178./ البيهقي في السنن والاثار. باب الشرط في النكاح، ج12، حديث رقم 4557، ص36.

[6] جاسم علي سالم الشامسي، **عقد البيع- في ضوء قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة- دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي** (الإمارات: مطبوعات جامعة، 1998م)، ص أ.

[7] وهبة الزحيلي، **ضمان العقد في الفقه الإسلامي** (دمشق: دار المكتبي، 2007م)، ص25.

الفقه الإسلامي بأنه ارتباط القبول بالإيجاب على وجه يثبت أثراً شرعياً في المحل المعقود عليه[8].

مفهوم العقد الإلكتروني وخصائصه.

قبل أن نتحدث عن العقد الإلكتروني لابد من إعطاء نبذة مختصرة للعقد التقليدي. الذي هو "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر، وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه، ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر"[9]، ومن هذا التعريف يتبين لنا أن العقد عموماً هو تبادل طرفين للتعبير عن إرادتين متطابقين مع مراعاة ما قد يقرره القانون من أوضاع معينة لأنعقاد العقد، ولا يختلف العقد التقليدي عن العقد الإلكتروني إلا من حيث الوسيلة التي يتم التعاقد بها، و لم تظهر بهذه الأهمية إلا بعد أن دخلت استخدامات شبكة الإنترنت، وما يميز هذا النوع من العقود يختلف عن بقية العقود الأخرى من حيث الوسيلة التي تستخدم في عملية إبرام العقد، التي يتم عبر شبكة الإنترنت[10]. لذلك فإن العقد الإلكتروني عقد عادي، إلا أنه يكتسب الطابع الإلكتروني من الطريقة التي ينعقد بها أو الوسيلة التي يتم إبرامه من خلالها.

وقد ظهرت تعريفات عديدة للعقد الإلكتروني، فقد عرفه القانون الأردني في المادة (2) بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً "[11]، وفي التشريع المصري، اتحد مفهوم الاتفاق بالعقد، فنصت المادة (122) من القانون المدني

---

[8] عبد الناصر توفيق العطار، **أحكام العقود في الشريعة الإسلامية والقانون المدني** (القاهرة: مطبعة السعادة، 1976م)، ص40.

[9] يحي يوسف فلاح حسن، التنظيم القانوني للعقود الإلكترونية، **رسالة ماجستير** (فلسطين: جامعة النجاح الوطنية، 2007م)، ص16./ وتاج السر محمد حامد، **أحكام العقود والمسؤولية العقدية– دراسة تطبيقية مقارنة بأحكام القضاء** (السودان: دار النهضة العربية ومركز شريح القاضي، 2008م)، ص12

[10] Roy. J. Girasa, CYBERLAW, National and International Perspectives, Upper Saddle River, New Jeresy 07458, 2002, p.175.

[11] القانون **الأردني** رقم (85) لسنة 2001 بشأن المعاملات الإلكترونية./ راجع النص القانوني على الموقع التالي:
http://www.nabeelaw.com/documents/property/electronic/elect_ar.html

نتيجة البحث:

ومن خلال دراسة البحث تم الوصول إلى بعض الاستنتاجات والتوصيات أبرزها:

1- أن العقد الإلكتروني عبارة عن اتفاق بين طرفين يتم عبر وسائل إلكترونية، ولا يختلف عن العقد التقليدي إلا من حيث وسيلة الإبرام التي يتم عبر شبكة الإنترنت، حيث يتميز بخاصية البعد والوسيلة المستخدمة في إبرامه.

2- أن العقد الإلكتروني في الفقه الإسلامي يعتبر جائزاً طالما يحقق مصالح الناس ولا يخالف الشريعة الإسلامية.

3- يُعد التعاقد الإلكتروني بين حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان.

4- أن العقد في الفقه الإسلامي يتم بتلاقي الطرفين في مجلس واحد، بينما العقد الإلكتروني يتم عن بعد، لا يجمعهم مجلس واحد ويكون كل طرف في مكان معين.

5- لا يختلف العقد في الفقه الإسلامي عن العقد الإلكتروني إلا من حيث الوسيلة التي يتم التعاقد بها، فالعقد الإلكتروني يتم عبر شبكة الإنترنت، بينما العقد في الفقه الإسلامي يتم إما باللفظ أو الكتابة أو الإشارة أو الفعل.

6- لا يختلف الإيجاب والقبول الإلكتروني عن الإيجاب والقبول التقليدي من حيث الجوهر والمضمون وإنما الاختلاف من حيث الوسيلة والتي يتم عبر شبكة الإنترنت.

7- يتفق القانون الوضعي والفقه الإسلامي على ضرورة اتحاد المجلس في التعاقد بين الحاضرين.

8- يتفق الفقه الإسلامي مع القانون الوضعي في أن التعاقد بين غائبين جائز وصحيح، ولكن القانون الوضعي لم يعترف بفكرة مجلس العقد الحكمي التي جاء بها الفقه الإسلامي في حالة ما إذا كان الإيجاب موجهاً للغائب عن طريق وسائل المراسلة، وإنما يسمح بانعقاد العقد بين الغائبين فيما وراء هذا المجلس الحكمي.